

INAPLICABILIDAD DEL REQUISITO DE DEPENDENCIA ECONÓMICA PARA HIJOS CON DISCAPACIDAD MENTAL CONGÉNITA EN LA ADQUISICIÓN DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES¹

Oscar Darío Ríos Ospina^{*2}

María Alejandra Cardona Rojas^{**3}

¹ El presente trabajo es resultado de un ejercicio de reflexión en torno a la Inaplicabilidad del Requisito de Dependencia Económica para Hijos con Discapacidad Mental Congénita - Especialización en Derecho del Trabajo, Pensiones y Riesgos Laborales ealizada en la Universidad Libre de Pereira

² Economista de la Universidad Cooperativa de Colombia. Abogado de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Pontificia Bolivariana, Calle 20 nro 6 - 30 oficina 1103, Pereira, Colombia. E-mail odriosabogado@hotmail.com

³ Abogada de la Universidad libre seccional Pereira. Especialista en derecho laboral y relaciones industriales de la Universidad Externado de Colombia, Calle 20 # 6-30 Oficina 1103 Edificio Banco Ganadero Pereira, Risaralda, Colombia. E-mail malejandracionar@gmail.com

RESUMEN

El presente escrito tiene como finalidad hacer una reflexión con respecto a la inaplicabilidad del requisito de dependencia económica para hijos con discapacidad mental congénita en la adquisición de una pensión de sobrevivientes a la luz del cuestionamiento de las bases jurídicas de la imposición del requisito contenidas en la Ley 100 de 1993 y luego en la Ley 797 de 2003.

El sustento de dicho cuestionamiento radica en la imposibilidad que tiene el sujeto desde el día de su nacimiento y a lo largo de su vida para valerse y autodeterminarse, y en la desproporción en las cargas normativas que se les establece frente a otros beneficiarios, con lo que se rompe la igualdad formal y material y la regresión normativa con relación a legislaciones anteriores. Con ello se viola el principio de progresividad, la desprotección del sujeto frente a las entidades de la seguridad social y las consecuencias desproporcionalmente negativas a una persona que por su condición está en un natural estado de indefensión.

PALABRAS CLAVES: Enfermedad mental congénita, pensión de sobrevivientes, dependencia económica, invalidez, salud mental, cuidados a hijo invalido o progresividad.

INAPPLICABILITY OF THE ECONOMIC DEPENDENCY REQUIREMENT FOR CHILDREN WITH CONGENITAL MENTAL DISABILITIES IN THE ACQUISITION OF THE SURVIVOR'S PENSION

SUMMARY

The purpose of this document is to question with legal bases the imposition of the requirement of economic dependence for the disabled children contained in Law 100 of 1993 and then in Law 797 of 2003, under the hypothesis that the invalid beneficiary has a congenital mental illness

The sustenance of this questioning lies in the impossibility that the subject has from the day of his birth and throughout his life to assert and self-determine, the disproportion in the normative burdens that are established in front of other beneficiaries, breaking the formal equality and material, the normative regression in relation to previous legislations violating the principle of progressivity, the lack of protection of the subject against social security entities and the disproportionately negative consequences to a person who, due to his condition, is in a natural state of helplessness.

KEYWORDS: Congenital mental illness, survivors' pensions, economic dependency, disability, mental health, invalid child care or progressivity.

INTRODUCCIÓN

La dependencia económica, como requisito para la adquisición al derecho de pensión de sobreviviente ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial por parte de las altas Cortes, en especial de la Corte Constitucional, quien manifiesta en concreto, después de la sentencia C- 111 de 2006 y sentencia C- 066 de 2016, en las que fueron ponentes los magistrados Rodrigo Escobar Gil y Alejandro Linares Cantillo, respectivamente, que la dependencia económica no es la ausencia total de recursos que hacen que la persona subsista con los recursos del fallecido, sino que dicha dependencia puede ser total o parcial y que la finalidad de la pensión es que con las prestaciones económicas otorgadas al ser beneficiario de tal derecho, la persona pueda vivir de manera digna, sin que por la muerte del pensionado o afiliado se modifiquen las condiciones de vida; en otras palabras, sin que tal auxilio pueda considerarse “absoluto”; en primera instancia dicha dependencia se debe acreditar al momento de la muerte del causante.

Dicho requisito para adquirir la pensión de sobrevivientes a simple vista se torna coherente, en el sentido de que hay casos en los cuales la persona tiene la posibilidad de sufragar sus propios gastos, pues cuenta con ingresos adicionales que a la muerte del fallecido no vuelven diferente su calidad de vida o por lo menos no de manera sustancial, por tanto, al no imponer tal exigencia sucedería que tal prestación perdería su finalidad, sin embargo, hay otras situaciones en donde la acreditación de tal requisito puede resultar lesiva. Es así como esta reflexión está orientada a acreditar si la dependencia económica en los casos en donde el beneficiario padezca una enfermedad mental congénita y que por su diagnóstico y alteraciones sea considerado dependiente en todos los aspectos o por el contrario dicho requisito se configura como una barrera de acceso a prestaciones a las cuales tiene legalmente derecho una persona que está en situación de inferioridad.

Para lo anterior se estudiarán los conceptos de pensión de sobrevivientes y enfermedad mental, se ahondará en el deber de alimentos de los padres frente a los hijos, la salud y la pensión en personas con una enfermedad mental congénita, se hará un breve análisis del

desarrollo jurisprudencial de la dependencia económica y un estudio constitucional en referencia a personas con enfermedad mental congénita, se analizara la imposición del requisito a partir de la Ley 100 de 1993 en relación al principio de progresividad y el deber de no regresividad, los requisitos para acceder a la pensión cuando se sufre una invalidez y para terminar, y la desproporcionalidad de las cargas normativas que representa la imposición del requisito de dependencia económica.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES Y ENFERMEDAD MENTAL CONGÉNITA

La pensión de sobrevivientes, como está actualmente concebida en la legislación colombiana, es una prestación económica y asistencial en favor de determinados beneficiarios en el evento del fallecimiento de un afiliado activo o sustitución pensional cuando en el que fallezca es un pensionado por vejez o invalidez.

En la Ley 797 de 2003, en sus artículos 12 y 13, norma que entra a modificar los artículos 46, 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la consecución de requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes y sus beneficiarios, se establece en el literal E que serán beneficiarios los hijos que se encuentren en una situación de invalidez, siempre que los anteriores dependan económicamente del causante, condicionando el pago y las prestaciones asistenciales a que subsistan las condiciones de invalidez.

Así, se puede determinar que para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al hijo invalido, el beneficiario debe contar con: I. Una invalidez probada y acreditada II. La calificación del estado de invalidez dependerá del Manual Único de Calificación expedido por el gobierno en donde se acredite la imposibilidad de desempeñar un trabajo, esto es, que porcentualmente se califique la deficiencia y se haga una valoración del rol laboral y ocupacional, tomando cada factor como el 50% de la ponderación total de la calificación final III. La calificación, tal como lo trae el artículo 142 del decreto 19 de 2012 dependerá o bien de las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras de Fondos de Pensiones, las Administradoras de Riesgos Laborales, las compañías que asuman el riesgo de invalidez

y muerte o bien entidades especializadas como las Juntas Regionales o Nacional de Calificación IV. Para el reconocimiento y pago de dicha pensión no hay edad para su reconocimiento y V. Estos deben acreditar dependencia económica respecto al pensionado o afiliado fallecido, siendo este último el tema de enfoque.

Con base en lo anterior tenemos que según el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3 del Decreto 1507 de 2014 se configura el estado de “invalidez” en el momento en que la persona presenta una pérdida de su capacidad laboral u ocupacional igual o superior al 50%. Para llegar al término porcentual existe el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral; esta herramienta técnica se constituye en el enfoque integral para que profesionales del área de la salud y demás profesionales puedan tener unos criterios unificados a la hora de emitir conceptos frente a la situación real y actual de una persona.

Actualmente, una de las causas que determina la invalidez de la persona son las enfermedades mentales, en especial, aquellas que se determinan como congénitas.

Se denomina enfermedad mental congénita a aquellas alteraciones, que pueden ser causadas por factores hereditarios autosómicos dominantes, hereditarios autosómicos recesivos, ligadas al sexo o por mutaciones en la adecuación en la cadena de DNA a consecuencia de fenómenos físicos, químicos o infecciosos o adquiridas, generados por algún impacto en el sistema nervioso central o periférico que generan cierto nivel de funcionalidad en las personas que lo padecen.

A consecuencia de lo anterior, algunas personas desarrollan una vida completamente normal laboral, académica y socialmente, no sucediendo lo mismo con otros cuyo desarrollo integral se ve supeditado a terceros, con un nivel total de dependencia y cuya calificación de invalidez siempre será superior al 50% de PCL. En primera medida los primeros llamados a prestar la debida ayuda a aquellas personas que pierden total dominio de sí mismas son los padres, sin embargo, a falta de estos, la ley estableció una serie de

figuras jurídicas como son las guardas, tutelas o curadurías en desarrollo de la protección integral de aquellos.

DEBER DE CUIDADOS Y ALIMENTOS A HIJOS

Los alimentos son una prestación a favor de ciertas personas y para el caso, de los hijos frente a los padres. En el artículo 411 del Código Civil se establece que dentro de los beneficiarios del derecho de alimentos se encuentran los hijos, bien sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos.

En palabras de la Corte Constitucional:

El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. La obligación alimentaria se radica por la ley en cabeza de una persona que debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos” (Corte Constitucional, C- 1033 , 2002).

Es por esto que, al configurarse como una acreencia, el beneficiario o su representante están en la obligación de reclamarlos, máxime si estos son considerados como necesarios, bajo el artículo 413 del Código Civil. Tienen tal consideración cuando los mismos se califican como justos, es decir, son aquellos que se cuantifican teniendo en cuenta lo que la persona necesita para subsistir.

Así, en la hipótesis de que hubiese un cumplimiento parcial en vida por parte del padre o no hubiese cumplimiento de los alimentos, el responsable del respectivo reclamo es el representante o curador del invalido y de no hacerlo, dicho hecho no puede tomarse en cuenta para suponer que para el sujeto desprotegido no hubiese tenido necesidad de estar sujeto a una dependencia económica.

En referencia al artículo 258 se establece que “Muerto uno de los padres, los gastos de la crianza, educación y establecimiento de los hijos, tocarán al sobreviviente en los términos del inciso final del precedente artículo”(Código Civil, 1887), lo anterior no puede tomarse como argumento toda vez que si bien a la muerte de uno de los padres, la responsabilidad recae sobre el otro, los gastos que uno de ellos pueda suplir no pueden compararse con el hecho de que ambas partes contribuyan a los gastos. Por ello se hace necesario que la persona adquiera el derecho a la pensión, pues con dichas mesadas se ayuda en el cuidado de tales enfermedades, además de que dicha adquisición debe ser con el mínimo de requisitos no afectando así la calidad del invalido.

SALUD Y PENSIÓN EN PERSONA CON ENFERMEDAD MENTAL CONGÉNITA

Cuando hablamos de la pensión de sobreviviente para hijo invalido y de la inaplicabilidad del requisito de dependencia económica al sufrir una enfermedad mental congénita, es necesario conocer o develar a que se hace referencia. La OMS -Organización Mundial de la Salud- establece a la salud como un estado de complejo bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad, en ese sentido, si alguna dimensión de las tres citadas, genera complicaciones o displacer en el sujeto, el estado de salud se desdibuja, repercutiendo en las otras dimensiones aparentemente en funcionamiento óptimo.

Esto quiere decir que si una persona presenta alguna afección física, su rendimiento mental o social se verán disminuidos, ocurriendo igual si se siente afectado emocionalmente o poco útil en la sociedad. Entendiendo entonces que, para poder hablar de salud a nivel global, es necesario detenerse en sus tres dimensiones, y atendiendo a los objetivos del presente texto, nos detendremos en la significación que se tiene de salud mental.

Según la Ley 1616 de 2013 la salud mental es un estado dinámico que se expresa en la vida cotidiana a través del comportamiento y la interacción, de manera tal que permite a los sujetos individuales y colectivos desplegar sus recursos emocionales, cognitivos y mentales

para transitar por la vida cotidiana, para trabajar, para establecer relaciones significativas y para contribuir a la comunidad.

Por su parte, en el artículo 5 se concibe el trastorno mental, como una alteración de los procesos cognitivos y afectivos del desenvolvimiento considerado como “normal” con respecto al grupo social de referencia del cual proviene el individuo.

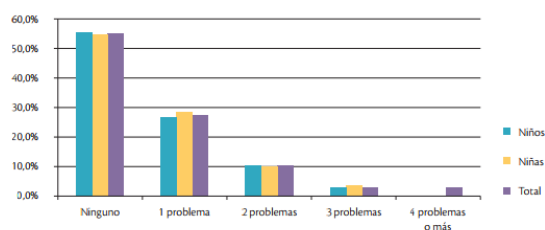
De ahí que se puede argumentar que esta alteración se manifiesta en trastornos del razonamiento, del comportamiento, de la facultad de reconocer la realidad y de adaptarse a las condiciones de la vida.

Dentro de los trastornos mentales congénitos que más dependencia generan, de acuerdo al DSM-5, se encuentran los trastornos del inicio de la infancia, la niñez, o la adolescencia, especialmente el retraso mental grave y profundo entendido como una capacidad intelectual significativamente inferior al promedio que afecta por lo menos dos de los siguientes círculos: comunicación personal, vida doméstica, habilidades sociales-interpersonales, utilización de recursos comunitarios, autocontrol, habilidades académicas funcionales, trabajo, ocio, salud y seguridad, y trastornos generalizados del desarrollo como el autismo grave que es una alteración cualitativa de la interacción social y que ocasiona alteración del uso de múltiples comportamientos no verbales y falta de reciprocidad social o emocional. El trastorno de Rett que se presenta como una falta del desarrollo neurológico infantil, se caracteriza por una evolución normal durante los primeros 5 meses del nacimiento, después hay una desaceleración del crecimiento craneal entre los 5 y 48 meses de edad, pérdida de habilidades manuales intencionales previamente adquiridas entre los 5 y 30 meses de edad, con el subsiguiente desarrollo de movimientos manuales estereotipados ejemplo, escribir o lavarse las manos, pérdida de implicación social en el inicio del trastorno aunque puede desarrollarse tardíamente, mala coordinación de la marcha o de los movimientos del tronco y desarrollo del lenguaje expresivo y receptivo gravemente afectado, con retraso psicomotor grave; el trastorno desintegrativo infantil que se caracteriza por un desarrollo aparentemente normal durante por lo menos los primeros 2 años posteriores al nacimiento, pero en los siguientes años antes del cumplimiento de los 10 años, hay una pérdida

significativa de lo siguiente: I. Lenguaje expresivo o receptivo, II. Habilidades sociales o comportamiento adaptativo, III. Control intestinal o vesical y IV Pérdida de habilidades motoras; los trastornos de esquizofrenia en sus múltiples subtipos si no hay un acompañamiento farmacológico, entre otros.

Dicho esto y según datos proporcionados por la OMS en su portal Web oficial, “se calcula que aproximadamente el 20% de los niños y adolescentes del mundo tienen trastornos o problemas mentales” (Organización Mundial de la Salud , 2016), figurando así los trastornos neuropsiquiátricos entre las principales causas de discapacidad entre los jóvenes.

Sobre la salud mental en Colombia, en el año 2015 se realizó la Encuesta Nacional de Salud Mental y se estableció que con base a los problemas de salud mental infantil desde temprana edad se comienzan a presentar síntomas que dan paso a inferir que el menor está presentando o presentara algún tipo de enfermedad mental.



Número de síntomas mentales en niños de 7 a 11 años según sexo en Colombia, Carlos Gómez Restrepo, 2015.

En la gráfica se muestra que los niños entre 7 a 11 años, como regla general, no presentan ningún desorden o síntoma que afecte su salud mental, sin embargo, también muestra una proporción considerable cuando empiezan a presentar uno o más problemas relacionados con enfermedades mentales.

Es de tener en cuenta que algunas enfermedades, aunque sean consideradas congénitas, no presentan rasgos de evolución hasta edades más maduras, mientras que hay otras que son perceptibles desde el alumbramiento.

Por otra parte, a la fecha no hay un estudio fiable que determine cuál es el porcentaje de niños que padecen enfermedades mentales congénitas, cuántas de estas impiden un normal desarrollo social y cuántos a causa de ellas se consideran dependientes.

DEPENDENCIA ECONÓMICA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL ANÁLISIS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUCIONALES

Con base en la Sentencia C- 111 de 2006 proferida por el magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, perteneciente a la Corte Constitucional, la mencionada corporación, analizando la naturaleza, finalidad y principios constitucionales de la pensión de sobreviviente, dice que la pensión garantiza: (i) principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante, el cual consiste que se otorgue la pensión de sobrevivientes a las personas más cercanas y que dependían económicamente del causante, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades básicas; (ii) principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados, con el cual se busca que sobrevenida la muerte del pensionado, sus familiares no se vean obligados a soportar individualmente los vacíos económicos que implica su partida, sino que puedan obtener cierta estabilidad tanto material como espiritual; y, (iii) principio material para la definición del beneficiario, el cual se circunscribe a determinar que es beneficiario de la sustitución pensional, la pareja con quien convivía el pensionado al momento de su deceso. Respecto a la dependencia económica, la mencionada sentencia habla de que no debe ser absoluta y que en contraposición la independencia debe ser tomada como contar con la autonomía necesaria para sufragar los costos de la propia vida, sea a través de la capacidad laboral o de un patrimonio propio, es decir que, en medida, cada persona puede variar su capacidad económica y por tanto su dependencia. Es por eso que bajo su estudio y conforme a la pensión de sobrevivientes, la misma se debe examinar bajo postulados constitucionales, en principio, desde la solidaridad y la proporcionalidad. Por lo anterior, para determinar si una persona es dependiente o no se deben utilizar los siguientes criterios:

1. Determinar si la persona tiene los medios suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen una vida digna
2. El salario mínimo no es determinante para determinar independencia económica
3. No constituye independencia económica recibir otra prestación.
4. Poseer un bien no termina independencia económica.

Bajo estos criterios los jueces de tutela desarrollaron y aplicaron el criterio de dependencia económica, tal como se puede ver en Sentencias T- 363 de 2011, T -326 de 2013 o T- 119 de 2015. Sin embargo, dicho concepto fue nuevamente cuestionado en la sentencia C- 066 de 2016, en donde los actores propenden su inexequibilidad utilizando como principal argumento la afectación al derecho de la igualdad y seguridad social. En esta oportunidad la Corte considera el artículo exequible en lo referente a la dependencia económica, bajo los argumentos de la libertad configurativa del legislador en materia de la seguridad social y la sostenibilidad financiera del sistema, pero declara inexequible el apartado “esto es, que no tienen ingresos adicionales” (Corte Constitucional, C- 066, 2016).

De lo mencionado se desprende que la dependencia económica del hijo inválido debe ser acreditada respecto del causante y tal situación puede no ser total o absoluta, sin embargo, de tal afirmación hay que diferenciar estadios que se deben evaluar.

El primero, la calidad de hijo según el artículo 35 del Código Civil y subsiguientes se establece por lazos consanguíneos y civiles, siendo los primeros quienes descienden de un mismo tronco y los civiles bajo la figura de la adopción. Aunado a esto, tenemos los hijos de crianza, figura con desarrollo jurisprudencial, en ella se da protección y reconocimiento a este tipo de familias, dado que hay una creación de vínculos reales y materiales que deben ser protegidos por el Estado. Por lo tanto, los hijos de crianza, según la Sentencia T- 070 de 2015 son considerados hijos a pesar de la falta de un vínculo civil o consanguíneo, que deben ser protegidos en sus derechos fundamentales que se encuentran vulnerados o gravemente amenazados, aun cuando para ello hay que hacer un reconocimiento de prestaciones económicas en donde lo único que se debe demostrar es la relación causal entre el derecho prestacional y el perjuicio del derecho fundamental debidamente probado;

por lo tanto, no se puede desconocer el reconocimiento como familia y posibles beneficiarios de la pensión de sobreviviente a los hijos de crianza.

El segundo, ¿qué sucede en los casos en donde el menor no recibió ayuda económica en vida por parte de su padre? Es de recordar que la situación de invalidez no tiene edad, sin embargo, al hablar de una persona con enfermedad mental congénita, en donde padece alguna de las enfermedades o trastornos antes mencionados y por tanto no se puede valer por sí mismo, así, será necesario cargar a la persona en detrimento de su bienestar con el requisito de dependencia económica, máxime que el trámite ante las respectivas entidades e instituciones no dependía de él.

Es de recordar que la Seguridad Social tiene un sentido progresivo, es decir, con el pasar del tiempo su finalidad es aminorar las cargas a sus beneficiarios para contener los desequilibrios económicos o sociales que pueda estar sufriendo una persona que se encuentra en una situación desventajosa. Por lo anterior es considerado un derecho humano según el artículo 22 de la Carta Internacional de Derechos Humanos de 1948.

Ahora, en el marco de la Constitución Política de 1991, aun cuando es considerado un derecho económico y social, su desarrollo implica el ejercicio de principios y derechos fundamentales.

Es por ello que la imposición de requisitos que una persona no pueda cumplir por sus medios o que le afecten en su satisfacción puede resultar gravemente lesivo de derechos fundamentales y principios fundamentales como la igualdad material, pues una persona con una invalidez tan severa, ocasionada por una enfermedad mental, a tal punto que no se pueda valer por sí misma, está en una situación materialmente desigual y por lo anterior es deber del estado y particulares aminorar cargas o requisitos que le puedan llegar a impedir el disfrute de un derecho, es por tal motivo que ni siquiera es concebible que haya una igualdad formal de otros hijos respecto a los que sufren una invalidez superior al 50% ya que resulta evidente que ambos puestos en mismas condiciones, los primeros van a alcanzar de mejor manera el disfrute de sus derechos, pues inclusive estos pueden apelar a una

dependencia económica en motivo de sus estudios cuando los mismos cumplen la mayoría de edad, es decir, cuando son plenamente capaces y conscientes, pudiendo inclusive solicitar en retroactivo mesadas dejadas de percibir, mientras que un hijo con una enfermedad mental que le impide valerse por sí mismo nunca tendrá el arbitrio de solicitar elementos materiales y económicos en vida del causante aun cuando su posición y enfermedad lo exijan y menos una solicitud de pensión, dejando todo siempre en manos de terceros que deben velar por su cuidado y derechos, pero que nadie garantiza que lo hagan de la manera adecuada y eficiente en pro de las mejores condiciones.

Así, el exigir la dependencia económica para los hijos inválidos, frente a otros beneficiarios que no deben acreditar tal condición, desconoce el derecho fundamental, pues si lo que se quiere con la pensión de sobrevivientes es dar un apoyo económico y asistencial a aquella persona que ha perdido un ser cercano y así aminorar las diferencias materiales, el instaurar una barrera de acceso a alguien que desde su nacimiento tiene una condición especial resulta algo desproporcionado a otros puestos en su misma condición.

Aunado a ello, es de recordar la protección especial que tienen los niños, niñas y adolescentes de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política, del cual se infiere que desde antes de nacer y hasta después de morir deben existir prestaciones que garanticen de la mejor manera la dignidad de los niños y niñas. Es por esto que podemos entender que en el caso de los niños que nazcan con problemas mentales severos y que por alguna razón su padre fallezca, el derecho económico y social de la pensión trasciende al plano de fundamental y es que todos los subsistemas y entidades deben concatenarse para ofrecer a un sujeto de especial protección todos los medios que encuentre necesarios para garantizar de manera digna su subsistencia sin que ello implique hacerle exigible de manera directa, imposición de requisitos que quizá no pueda acreditar o ejerciendo vías procesales o administrativas que solo pongan en riesgo el disfrute del derecho de manera inmediata, posponiendo y en otras palabras, poniendo en grave peligro los derechos de los niños.

Por otra parte, hay que recordar la protección especial que tienen las personas en estado de invalidez. Desde el artículo 47 de la Constitución Política de Colombia, es el Estado quien

debe adelantar políticas de previsión para personas consideradas disminuidas, sin embargo, también establece que dichas personas requieren una atención especializada, de lo que se infiere que no pueden ser tratadas de igual manera a otros puestos en igual situación, máxime cuando de tales tratos se puede deducir una vulneración de derechos fundamentales. Dicho artículo apoya la tesis de que, al no estar en iguales condiciones, no se le pueden exigir los mismos requisitos a personas consideradas invalidas que a quienes no lo están, para acceder a la pensión como para el caso.

Todo lo anterior es la realización del derecho y principio de la dignidad humana; al tomarse este como base fundante de nuestra sociedad y por ende, de nuestro ordenamiento, se hace apenas lógico el análisis presentado conforme a la inaplicabilidad del requisito de dependencia económica en personas con discapacidad mental congénita. La Corte Constitucional en la Sentencia C- 239 de 1997, del magistrado ponente, el doctor Eduardo Montealegre, habló de una máxima y del plano de la dignidad como: (i)posibilidad de diseñar un plan de vida y determinarse según sus características (vivir como quiera) (ii)presencia de ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien) y (iii)la intangibilidad de los bienes patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). En este punto se hace necesario cuestionarse ¿la imposición del requisito de dependencia económica a una persona que se encuentra en una situación tal, que son otras personas quienes deben velar por sus condiciones cumple con el postulado de “vivir bien”? No lo hace, pues si desde su condición de nacimiento la persona se encontraba en situación de dependencia en todos los sentidos, por el fallecimiento del padre no cambiara tal situación. Dicho esto, resulta no solo un requisito innecesario, sino que además sus implicaciones afectan el principio y derecho base de nuestra legislación.

Tercero, si bien uno de los beneficios que se desprenden de la adquisición del derecho a la pensión de sobrevivientes es el pago de las mesadas pensionales, aun cuando el padre en vida hubiese incumplido con sus obligaciones, se hace indiscutible que una persona con discapacidad mental congénita es dependiente económicamente desde el momento de su nacimiento, sumado a esto que por su condición no solo requiere un cuidado especializado, sino que a efectos de ello su costo de vida es más alto. Por la tanto, el imponer más

requisitos hace que la adquisición o subrogación del derecho de pensión se torne en un procedimiento tedioso, además de que el tiempo para ello va a resultar en una afectación para la persona que se encuentra en una situación de total indefensión. Es de recordar que si lo que se quiere es que los beneficiarios de la pensión puedan seguir con las mismas condiciones de vida que venían disfrutando antes del fallecimiento del causante, en esta situación el reconocimiento únicamente debería exigir los requisitos mínimos, esto es, acreditar la calidad de hijo y la situación de invalidez.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD NORMATIVA EN LA ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

La seguridad social se desarrolla en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y la calidad de vida. Existe la obligación de avanzar en la materialización de los derechos de seguridad social, alcanzar mayores beneficios y condiciones que amplíen los beneficios existentes.

En coherencia con lo anterior es que claro que esto responde a la no regresión en materia de derechos sociales. La Corte Constitucional ha manifestado, en Sentencia C-428 de 2009, que dicho principio, al tratarse de una prohibición prima facie de retroceso, es posible que una norma que pareciera regresiva, puede encontrar una justificación para su implementación.

Citando lo anterior, es necesario poner en contraste el Decreto 758 de 1990 que, al describir a los beneficiarios, hace relación a que también podrán adquirir el derecho los hijos inválidos sin ningún otro requisito “Los hijos legítimos, naturales y adoptivos menores de 18 años, los inválidos de cualquier edad, los incapacitados por razón de sus estudio” (Decreto 758, 1990).

Por su parte, la Ley 100 de 1993, al desarrollar normativamente su texto, impuso el requisito de dependencia económica en referencia al causante al momento de la muerte, imponiendo con ello un requisito más gravoso para una igual situación.

Evaluated this, in the part of the Law 100 of 1993 there is no part that mentions or justifies this requirement and when the demand is made before the Constitutional Court via a sentence of unconstitutionality with reference C- 066 of 2016, the Court hides behind the freedom of configuration of the legislator, forgetting not only its own judgments, but also disregarding one of the most important characteristics of social rights and that is its progressivity. It is so that it can be inferred that the legislator not only passed over the minimum requirements necessary for the issuance of a law, that is, to include in the part of the law a clear and technical exposition of why the change in the norm was necessary with the clear improvement for a vulnerable population, but also did not comply with the minimum constitutional imperatives in the sense that when establishing a burdensome charge for a vulnerable population it violated fundamental rights, as mentioned previously.

It is worth remembering that the principle of progressivity has been treated as a parameter of control in matters of social security, as well as in the protection of other rights, in view of the guarantees that a State of Social Right must offer. In reference to the freedom of configuration of the legislator, in other words, non-regression is one of the limits that Congress has when legislating in matters of social, economic and cultural rights, since not doing so leads to the State failing in its duty to guarantee progressively minimum contents. For the above, the regression that represents the requirement of economic dependency, implies a presumption of unconstitutionality and therefore its inapplicability, since the guarantee already obtained under Decree 758 of 1990 was visibly affected by the imposition of the new requirement, which constitutes an obstacle for access to the pension, especially if the beneficiary is a person in a situation of indefensibility.

REQUISITOS PARA LA ADQUISICIÓN DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Para la adquisición del derecho es necesario presentar ante la entidad: el formulario único de solicitudes prestacionales diligenciado, el registro civil de defunción en copia auténtica y de ser el caso, el reporte de accidente de trabajo. En cuanto a los hijos, estos deben presentar el registro civil de nacimiento en copia auténtica y de llegar a ser extramatrimonial, la nota marginal de reconocimiento, la fotocopia del documento de identidad, el dictamen de invalidez en copia auténtica expedido por entidad competente, además, dicho dictamen debe estar ejecutoriado y en firme. Para terminar, se debe presentar la declaración de dependencia económica por el interesado, tutor o curador, bajo la gravedad de juramento en donde conste la dependencia económica y su estado civil al momento del fallecimiento del causante.

Con lo anterior ¿se podría decir que por falta de diligencia a la hora de solicitar alimentos o pensión de sobrevivientes por el respectivo representante, curador, guardador o tutor es causa suficiente para negar el reconocimiento y pago de la antedicha pensión? A esto se puede responder lo que sigue.

Para empezar, tal obligación deriva de los artículos 5 y 6 de la Ley 1306 de 2009 en donde se establecen las obligaciones y funciones de protección del Estado y la sociedad en relación a las personas con discapacidad mental. La protección de dichas personas reposa en el artículo 18 Sin embargo, es el artículo 52 en donde se habla del curador de las personas con discapacidad mental absoluta. En él se establece que a una persona con discapacidad mental absoluta no sometida a patria potestad o prorroga de la misma, se le nombrará un curador para el cuidado de él y de sus bienes. Además, en el artículo 107 de igual ley se habla de la responsabilidad de los guardadores, en donde se indica que se extiende hasta culpa leve, además agrega

Se presume la actuación culposa del guardador, por el hecho de que el pupilo se encuentre afectado o lesionado en sus derechos fundamentales o no se encuentre recibiendo tratamiento o educación adecuada según sus posibilidades o se deterioren los bienes o disminuyan considerablemente los frutos o se aumente considerablemente el pasivo. El guardador que no desvanezca esta presunción dando explicación satisfactoria, será removido (Ley 103 de 2009).

Entendidas las sanciones para el curador en referencia al discapacitado mental absoluto, que para el caso es una persona con una enfermedad congénita que no disfruta su derecho a pensión por causas ajenas, resulta inadmisibile que esta se le negará, en tal sentido no bastará únicamente con la remoción del curador, tutor o guardador, este deberá responder por todas las afectaciones que del hecho se desprendan, además de que le es inoponible tal situación ante las entidades de la seguridad social, en específico, antes las administradoras de fondos de pensiones, toda vez que no estaba dentro de sus facultades hacerlo y trayendo a colación la premisa del derecho “A nadie se le puede pedir imposibles”. Es por ello que no obstante el reconocimiento y pago de la pensión, esta deberá tener un efecto retroactivo, pues en materia de seguridad social se debe diferenciar la adquisición del derecho y el disfrute del mismo, así, y al no hablarse de meras expectativas, resulta a penas comprensible que tal fuera la situación.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión podemos decir que son evidentes los pasos agigantados que ha dado la seguridad social, encaminada a la protección de las personas en una determinada contingencia, también es cierto que dichos avances son fruto o producto de las circunstancias sociales que se viven a diario y para el tema, es innegable que actualmente las enfermedades mentales es uno de los temas que más afecta a la población hoy en día.

Es por esto que se quiso traer a colación a la inaplicabilidad de un requisito para la adquisición del derecho a la pensión, pues consideramos que a un hijo, en una situación de invalidez tal que le impide valerse por sí mismo desde el momento de su nacimiento, resulta dispendioso que se le exija un requisito que en primera no debería acreditar, sumado a que con ello se transgrede a la violación de derechos y principios fundamentales consagrados en tratados internacionales y la Constitución Política, tales como la dignidad humana, artículo 1, Igualdad, artículo 13, Protección de los niños, artículo 44, Protección de los disminuidos, artículo 47, Seguridad social, artículo 48 y Progresividad, artículo 334.

Es de recordar que la dependencia económica, como puede determinarse en el presente trabajo, no puede considerarse al momento de la muerte del causante ya que aun cuando en vida el causante no sufragara sus obligaciones como padre por cualquier motivo, ello no implica que el enfermo mental congénito no haya sido o sea un dependiente económico de él y en todo caso, tal requisito resulta altamente regresivo y sin fundamento alguno para su regresividad, por lo que, atendiendo a los fallos de la Corte Constitucional en casos similares, debería ser declarado inexecutable y así aplicar el Decreto 758 de 1990.

El Estado, la sociedad y quienes están designados de primera mano para la protección de aquella persona deberán siempre buscar su mayor estabilidad, buscando tanto medios materiales como asistenciales para la protección de manera íntegra de estas personas y en caso de no hacerlo resulta inadmisibles que sea este quien asuma dichos errores.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

American Psychiatric Association. (2014). *Manual Diagnostico y Estadístico de los trastornos Mentales*. Quinta Edición.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III).

Colombia. Congreso de la República (1887, 15 de abril). Ley 57 del 15 de abril de 1887. Diario Oficial No. 2.867 del 15 de abril de 1887.

Castillo, F. (2011). La declaratoria de invalidez como requisito de acceso a la pensión en el sistema general de pensiones. *Vniversitas*, (122), 77-116.

Colombia. Congreso de la República (1993, 23 de diciembre). Ley 100 del 23 de diciembre de 1993. Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

Colombia. Congreso de la República (2003, 29 de enero). Ley 797 del 29 de enero de 2003. Diario Oficial No. 45.079 de 29 de enero de 2003.

Colombia. Congreso de la República (2009, 5 de junio). Ley 1306 del 5 de junio de 2009. Diario Oficial No. 47.371 de 5 de junio de 2009.

Colombia. Congreso de la República (2013, 21 de enero). Ley 1616 del 21 de enero de 2013. Diario Oficial No. 48.680 de 21 de enero de 2013.

Colombia. Corte Constitucional (1997, 20 de mayo). Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia. Corte Constitucional (2002, 27 de noviembre). Sentencia C-1033 del 27 de noviembre de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Colombia. Corte Constitucional (2006, 22 de febrero). Sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia. Corte Constitucional (2009, 1 de abril). Sentencia C-248 del 1 de abril de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia. Corte Constitucional (2011, 6 de mayo). Sentencia T-363 del 6 de mayo de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Colombia. Corte Constitucional (2013, 6 de junio). Sentencia T-326 del 6 de junio de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia. Corte Constitucional (2015, 18 de febrero). Sentencia T-070 del 18 de febrero de 2015. M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

Colombia. Corte Constitucional (2015, 26 de marzo). Sentencia T-119 del 26 de marzo de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Colombia. Corte Constitucional (2016, 17 de febrero). Sentencia C 066 del 17 de febrero de 2016. M.P Alejandro Linares Cantillo.

Colombia. Presidencia de la Republica (1990, 11 de abril). Decreto 758 del 11 de abril de 1990. Presidente Virgilio Barco.

Colombia. Presidencia de la Republica (2012, 10 de enero). Decreto 019 del 10 de enero de 2012. Presidente Juan Manuel Santos.

Colombia. Presidencia de la Republica (2014, 12 de agosto). Decreto 1507 del 12 de agosto de 2014. Presidente Juan Manuel Santos.

Castillo, F. (2011). La declaratoria de invalidez como requisito de acceso a la pensión en el sistema general de pensiones. Vniversitas, (122), 77-116.

Defensoría del Pueblo (s.f.). Sistema General de Pensiones. Régimen de Prima Media. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

Legis (2015). Cartilla de seguridad social y pensiones. Bogotá: Legis Editores

Ministerio de Salud de Colombia (2015). Encuesta Nacional de Salud Mental Tomo I. Recuperado de:
http://www.visiondiweb.com/insight/lecturas/Encuesta_Nacional_de_Salud_Mental_Tomo_I.pdf [10/10/2017]

Martínez, C (2009) *La pensión de Sobrevivientes*, Bogotá: Editorial Temis.